

Contrato de trabajo. Derechos y deberes de las partes. Facultad de organización del empleador. Ius varandi. Límites. Cambio de categoría profesional. Criterios de razonabilidad. Consentimiento expreso. Esmerian Ezequiel Bernardo c/Antonio Delfino S.A. s/despido, C.N.A.T., Sala VI, 10/11/04.

El doctor Rodolfo Ernesto Capón Filas dijo:

I. Ha apelado el demandado, con réplica del actor.

1. La Teoría Sistémica del Derecho Social, asumida oficialmente por el Equipo Federal del Trabajo y utilizada en varios Tribunales, tanto del país como de Brasil, indica que el Derecho es un conjunto compuesto de cuatro elementos: dos entradas (la realidad y los valores) y dos salidas (las normas y la conducta transformadora), que se expresa en tres momentos, brindando seguridad, certeza y protección, una especie de “trinidad societal”, al decir de Zygmunt Bauman (cr. En busca de la Política, FCE, Bs. As, 2001, pág. 25): descripción de la realidad, valoración de la realidad, transformación de la realidad. Estas funciones también han sido asumidas por el Equipo de Lecciones de Democracia, que desde Minas Gerais actúa en todo Brasil (cr. Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (organizador), Lições de Cidadania, OAB, Brasilia, 2003), demostrando que el “pensamiento único” se está desmoronando.

2. Toda ley se dirige, directa o indirectamente, al bien común (Tomás de Aquino, Summa Theologiae, I-IIa.q 90, art.2), que consiste en el conjunto de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que hacen a la felicidad de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil o en otros términos refiere “a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal”, y tiende, como uno de sus imperativos,

a “la organización de la vida social en forma [...] que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, La colegiación obligatoria de periodistas. Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/85).

La sentencia, norma particular para el caso concreto, también se dirige al bien común. Por eso, en toda sentencia se ha de cuidar que, en la realidad, se cumpla el paradigma del Trabajo Decente, lanzado al ruedo cultural y político por el Director General de la OIT en la Conferencia Internacional de 1999., (pueden consultarse las ponencias presentadas en el VIII Congreso Nacional del Equipo Federal del Trabajo, Universidad Nacional de Catamarca, 2001, en www.eft.com.ar o en *mi Cooperativas de Trabajo*, Platense, La Plata, 2003 y en *Ley de Ordenamiento Laboral y Trabajo Decente*, Platense, La Plata, 2004).

3. En ese marco cabe resolver:

A. Primer momento: descripción de la realidad

En este proceso se discute:

1. la facultad del empleador de cambiar las tareas del actor, transfiriéndolo del sector ventas al sector administrativo, aduciendo los escasos logros obtenidos en el primero;
2. la posibilidad del empleador de despedir al actor por haberse negado éste a hacerse cargo de las nuevas tareas.

B. Segundo momento: valoración de la realidad

a) Valores:

1. En este caso, se encuentran involucrados los siguientes derechos humanos: a un orden social justo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 28; Declaración Socio Laboral del Mercosur, primer considerando; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer considerando), a condiciones dignas de trabajo (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23; Declaración Socio Laboral del Mercosur, primer Considerando; Declaración Socio Laboral del Mercosur, cuarto considerando), a una indemnización justa del despido, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7.

Los derechos humanos penetran el ordenamiento nacional a través de la válvula abierta de los denominados “principios generales del Derecho” mientras algunos de ellos han sido receptados constitucionalmente, todo lo que permite que el trabajador, ciudadano en la ciudad sea también ciudadano en la empresa (cr. mi Ciudadanía en la ciudad, ciudadanía en la empresa, en “La Ley”, Suplemento especial por el caso “Aquino”, 27/9/04).

2. Como los derechos humanos se vinculan con el bien común, cabe desterrar la discusión estéril e in-oficiosa entre monismo y dualismo, aceptar el derecho de todo hombre a recurrir a los Tribunales internacionales y de invocar la norma más favorable, receptada en el

ordenamiento interno o en el internacional. Estas afirmaciones de la Teoría Sistémica cuentan con el apoyo de un prestigioso jurista contemporáneo, Antonio Augusto Cançado Trindade (Tratado de Direito Intenacional dos Direitos Humanos, Fabris, Porto Alegre, 2003, tomo I, pár.4).

3. Los derechos humanos, como expresan la doctrina alemana (cr. Martín Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Rowohlt, Hamburgo, 1975, Parte II, Cap. 3) y la portuguesa (cr. Jorge Reis Novais, *Contributo para uma Teoría do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, Cap. III. 2.1.; José Abrantes, *Direito do Trabalho, Ensaios*, Cosmos, Lisboa, 1995, Pág. 35) irradian eficacia no sólo sobre el Estado sino también sobre la sociedad civil y las empresas hasta tal punto que “el principal papel del Juez reside en su independencia para velar las libertades públicas y acrecentar el respeto por los derechos humanos porque el Poder Judicial tiene un compromiso histórico y moral con la preservación de la dignidad del hombre” (Benedito Calheiros Bomfim, *A Crise do Direito e do Judiciario, Destaque*, Río de Janeiro, 1999, Pág. 71).

Este compromiso judicial, ético en sus raíces, se normativiza a partir de la directiva constitucional expresada en el art. 14 y en el 14 bis de la Constitución vigente.

4. Como los documentos de derechos humanos enumerados en la Constitución Nacional art. 75, inc. 22, son superiores a las leyes, ya no se puede prescindir de ellos en la solución de los casos concretos, con el agregado que la presidencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino (CS, “Méndez Valles Fernando c/ A.M. Pescoio S.C.A.”, 26/12/95). Del mismo modo, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, por emanar del Tratado de Asunción, es superior a las leyes (C.N., art. 75, inc. 24). Tampoco puede prescindirse

de la Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, por ser una norma que obliga a todos los Estados-miembro de la OIT. Los instrumentos indicados, basados en la esencia existenciada del hombre, buscan dignificar al trabajador como parte hiposuficiente de la relación laboral. De ahí que todo lo referente al salario y las indemnizaciones han de valorarse como elemento axiológico y no como mero componente económico de los costos.

En esa dimensión, en la construcción de la Democracia como espacio de justicia y libertad, cada uno debe aportar su granito de esfuerzo y su cuota de trabajo personal: toca a los jueces asegurar que los derechos se cumplan. Esta visión “no es una utopía, es una esperanza y, sobre todo, un deber. Los juristas habrán de cumplir con lo suyo desde el lugar que su responsabilidad les otorga” (cr. Germán Bidart Campos, Derecho al desarrollo, prólogo).

Todo Juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 C.P.C. y C.). Ha de tener en cuenta que “la Justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento, merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo ... ya que el salario sigue siendo una vía concreta mediante la cual la gran mayoría de los hombres puede llegar a los bienes de la naturaleza como a los que son fruto de la producción” (Laborem exercens, 89).

b) Menú normativo para resolver:

Se compone de las siguientes normas:

- Constitucionales:

En el presente caso se hallan comprometidas las siguientes directivas: derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo (C.N. art. 14 bis, derecho a ser protegido contra el despido arbitrario (C.N. art. 14 bis), Derecho a la propiedad privada (art. 17).

- Supralegales:

Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando; Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto Considerandos.

- Legales:

En este caso se hallan comprometidas las siguientes: RCT art. 66, art. 232, art. 233, art. 245.

c) Tercer momento: transformación de la realidad

Por razones de método, conviene resolver los temas en el siguiente orden:

1. Facultad del empleador de cambiar las tareas del actor, transfiriéndolo del sector ventas al sector administrativo, aduciendo los escasos logros obtenidos en el primero;

2. posibilidad del empleador de despedir al actor por haberse negado éste a hacerse cargo de las nuevas tareas.

a) Facultad del empleador de cambiar las tareas del actor

1. En el esquema de orden-obediencia en que se desarrolla la relación de empleo (que puede calificarse, con Sarthou, como “esclavitud cuotificada”: “El Derecho Laboral es derecho “mientras tanto” porque el sueño señala que algún día el trabajo subordinado de un hombre para otro, su igual, que es un mal necesario pero no un bien, será sustituido por el trabajo autónomo que hace al hombre dueño de su propia energía y de su persona” (cr. Helios Sarthou, Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, contratapa, FCU, Montevideo, 2004) existe una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial para la cual las tareas asignadas constituyen un elemento accidental en la relación laboral que puede ser unilateralmente modificado por el empleador en los límites del denominado “ius variandi”, institución típicamente latinoamericana que flexibiliza en parte aquella relación y que fuera sancionada en la región mucho antes que a estas playas criollas llegara la ola “modernizadora” que, bueno es recordar, más allá de los discursos y de las mayorías políticas circunstanciales con las que cuenta, retrocede la historia a los eones anteriores a la Constitución de la OIT (1917). Esta teoría es seguida por el demandado en su queja.

2. Alternativamente se abre paso otra, seguida por la señora jueza, que sostiene lo contrario. Cuando se trata del ejercicio del denominado ius variandi, cabe tener en cuenta, de acuerdo a R.C.T., art. 66, que la modificación se legitima si:

1.1. Incide sólo en los elementos coyunturales de la relación (“No alteren modalidades esenciales del contrato”).

1.2. Responde a criterios de razonabilidad (“En tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad”).

1.3. En el supuesto de ser razonable, no daña. (“Ni causen perjuicio material ni moral al trabajador”).

Cabe tener en cuenta que los elementos estructurales de la relación laboral son los siguientes: Calificación profesional o valencia. De acuerdo a ellas es exigible el débito laboral. Horario de trabajo. Separa tiempo laboral y tiempo libre a disposición del trabajador. Remuneración. Permite acceder a los bienes naturales y culturales.

Lugar de trabajo. Permite planificar la vida personal. Cabe tener en cuenta que los elementos coyunturales de la relación son los siguientes: Conformación de equipos de trabajo. Ropa de trabajo. utilización de máquinas e instrumentos de producción. Como se aprecia, el campo de ejercicio de la facultad modificatoria unilateral es sumamente reducido, ya que se limita a los elementos coyunturales de la relación, entre los que no se encuentra el cambio de horario.

Al respecto, esta Sala ha afirmado: “El ejercicio de la facultad modificadora sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación y siempre que la modificación sea funcional y no dañe al trabajador. Se desprende inmediatamente que, si el cambio refiere a aspectos estructurales, es jurídicamente imposible aunque sea funcional y no dañe. No se trata de “funcionalidad” o de “daño”, en este caso. Se trata, simplemente, de “estructura”. Sólo podrá observarse

la funcionalidad y la ausencia de daño cuando el cambio refiera a aspectos coyunturales o accidentales de la relación” (“Petersen c/Bonafide”, 24/5/89).

La calificación profesional es un elemento estructural de la relación laboral porque el trabajador se incorpora al ritmo de producción para tareas determinadas de antemano y que hacen a su ser persona.

Si el empleador necesita por razones objetivas que un determinado trabajador preste otros servicios debe negociar con el o los trabajadores y ha de contar con su consentimiento expreso, pero nunca podrá disponer unilateralmente el cambio ya que esa medida se halla fuera del contenido del *ius variandi*.

3. Descripto el marco teórico del tema, en este caso concreto el trabajador, a quien nadie le fijara objetivos a lograr, fue transferido de un sector a otro, alterando su categoría. No es necesario que el trabajador demuestre el daño que la causa el cambio ya que, como antes se afirmara, ese cambio en si mismo es imposible por la mera voluntad del empleador.

4. Por ello, la resistencia del trabajador al cambio fue justa y forma parte de lo que la Teoría Sistémica construye bajo el capítulo Ciudadanía en la Empresa.

5. Por ello, la queja del demandado debe rechazarse.

b. Posibilidad del empleador de despedir al actor

Por lo anterior se desprende que el empleador no pudo haber despedido al trabajador.

d) Conducta de la Alzada:

1. Dado que la conducta del empleador ha violentado el sentido de la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (OIT 1998) y el paradigma del Trabajo Decente (OIT, 1999) cabe enviar copia de esta sentencia a la OIT para que la tengan en cuenta en el momento de redactar el Informe correspondiente.

Dado que el empleador ha violentado el sentido y el alcance de la Declaración Socio Laboral del Mercosur (1999), cabe remitir copia de esta sentencia al Ministerio de Trabajo de la Nación para que la considere al momento de redactar la Memoria Anual.

Dado que el empleador ha violentado el sentido trascendente del trabajo (RCT art. 4), vulnerado la buena fe (R.C.T., art. 63) y desconocido los criterios de colaboración y solidaridad establecidos como estándares y módulos de comportamiento por R.C.T., art. 62, cabe remitir copia de esta sentencia al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que mediante su propia Administración del Trabajo aplique al empleador las sanciones policiales del caso, establecidas en la Ley 25.212.

Cabe cumplir y hacer cumplir la Constitución. Todos deberíamos tener en cuenta con Emmanuel Lévinas que “lo que nos convierte en humanos son los imperativos éticos y éstos tienen como base la

existencia del otro” (cr. De Dios que viene a la idea, Caparrós, Madrid, 2001, Pág. 175). Esto porque la relación con el otro (en este caso, la vinculación entre la Sala y el universo de la sociedad civil) es asimétrica e impone mayores deberes, entre ellos comunicar la decisión, de tal modo que al hilo del modelo-seguimiento (al decir de Werner Goldschmidt) otros Tribunales puedan valorar la ejemplaridad de la sentencia. “La relación intersubjetiva es una relación asimétrica.

En este sentido yo soy responsable del otro sin esperar la reciprocidad, aunque ello me cueste la vida. La reciprocidad es asunto suyo. El yo siempre tiene una responsabilidad mayor que los otros” (cr. Emmanuel Lévinas, *Ética e infinito*, Visor Distribuciones S.A., 1991, Pág. 92).

Si esta Sala procediese así, cumpliendo los deberes a su cargo, consolidará en la realidad el lugar existencial seguro para todos, en lo que consiste, básicamente, la justicia social.

e) Solución del caso:

Por la fuerza del Derecho (único modo de con-vivencia organizada y medianamente justa y solidaria en procura de un orden social justo hasta llegar al Orden Social Fraternal), expresado la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 23 y 28, en la Constitución Nacional arts. 14 bis y en el art. 17, en la Declaración Sociolaboral del Mercosur, primer considerando; en la Declaración de la OT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, primer y cuarto considerandos, en R.C.T., art. 66, art. 104, art. 208, art. 211, art. 245, art. 232, art. 233, art. 245, corresponde: 1. rechazar la apelación del demandado, con costas de Alzada; 2. confirmar la sentencia apelada; 3. sobre los honorarios de primera instancia, regular los de segunda en los siguientes porcentajes: 30% para el letrado del actor, 25% para el

letrado del demandado. 4. enviar copia de esta sentencia a la OIT, al Ministerio de Trabajo y a la Administración del Trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a sus efectos.

II. Así voto.

El doctor Horacio Héctor de la Fuente dijo:

Comparto el voto que antecede por las razones que se exponen en a (facultad del empleador a cambiar las tareas del actor), 2, 3 y 5. En cambio no comparto el envío de copia de la sentencia a la OIT, Ministerio del Trabajo y Administración del Trabajo de Buenos Aires.

El doctor Juan Carlos Fernández Madrid dijo:

Que adhiere al voto del Dr. Horacio Héctor de la Fuente.

En atención al resultado del presente acuerdo,

EL TRIBUNAL RESUELVE:

I. Confirmar la sentencia apelada con costas de Alzada.

II. Regular los honorarios de segunda instancia en el 30% para el letrado del actor y en el 25% para el letrado del demandado sobre lo regulado respectivamente en la anterior etapa.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.

IUSnews

www.iusnews.com.ar